

2015 年 3 月
第 1 期 (总第 63 期)

海峡法学
Cross-strait Legal Science

Mar. 2015
No.1 (Sum No.63)

两岸商签协议的公民参与程序简论： 以台湾地区行政程序法制为视角

刘文戈

摘要：公民参与程序可以从提高两岸协议的认受度和降低立法审议风险两方面，为两岸商签协议提供更多正当性支撑，具有积极意义。两岸治理机制欠缺公民有序参与是台湾岛内爆发的“太阳花学运”以及围绕“服贸协议”争议的重要原因。在两岸事务领域“行政程序法”适用情况不佳，“两岸人民关系条例”更以专门条款排除“行政程序法”的适用，影响到两岸治理的行政程序正当性。台湾当局可以从立法、司法、行政的途径强化两岸事务领域行政程序中的公民有序参与，提升程序的正当性。

关键词：两岸协议；公民参与；行政程序法；正当行政程序

中图分类号：D927.582；D922.29

文献标识码：A

文章编号：1674-8557(2015)01-0003-06

引论

两会协议是“两岸治理”的法制框架重要组成部分，而两岸商签协议则是“两岸治理”的造法机制。有学者曾指出，“两岸治理”欠缺公民参与，将降低未来两会协议的可接受性^①。2014年3月，台湾岛内爆发的“太阳花学运”以及围绕“服贸协议”的若干争议正是“两岸治理”的造法机制欠缺公民有序参与所导致的。为了解决争议，岛内朝野各方均选择了“两岸协议监督法制化”的方式，通过立法机构审议、“公民复决”等模式来监督行政机构在两岸协议上的作为。通过立法机构审议等方式监督两岸协议的商签，固然有其正当性，但也存在一些不足：岛内的政党政治生态决定了立法机构的运作充满了不确定性，存在协议签署后被立法机构否决而需要重新谈判的风险；过度依赖事后监督，并不能补足两岸治理的“民主赤字”。

在关于“两岸协议监督法制化”的不同见解中，协议进入立法机构之前，行政权在台湾当局商签协议过程中居于主导地位。台湾地区行政机构与大陆商签协议的过程，无疑属于行政程序。台湾地区

【收稿日期】2014-09-28

【基金项目】本文系2014年福建省社会科学规划项目“闽台社会融合中两岸居民权利平等保护的法律问题研究”（项目编号：2014C134）的阶段性研究成果；本研究受到厦门大学台湾研究中心2014年自主招标项目资助。

【作者简介】刘文戈（1985—），男，湖南耒阳人，厦门大学台湾研究院法律研究所助理教授，两岸关系和平发展协同创新中心创新团队成员，法学博士。

① 周叶中、祝捷：《两岸治理：一个形成中的结构》，载《法学评论》2010年第6期，第18页。

“行政程序法”已颁行十多年，其在行政决策的过程中引入了“听证”等程序性规范，为公民有序参与行政决策提供了制度保障。然而，在两岸事务领域中，“行政程序法”适用情况不佳，“两岸人民关系条例”更以专门条款排除“行政程序法”的适用。这不仅使得两岸交往中人民权利得不到正当程序的保障^①，其对公民有序参与的排除，更是影响到两岸治理的行政程序正当性。笔者认为，在推动以立法机构为主导的“两岸协议监督法制化”过程中，有必要检讨台湾地区“行政程序法”在两岸事务领域的适用状况，通过适用正当行政程序原则以建立两岸商签协议中公民参与程序，增强两岸协议的认受度，从而为“两岸治理”提供更多的正当性支撑。

一、公民参与程序对于两岸商签协议的积极意义

目前，两岸通过“两会”商签协议的过程，具有比较浓厚的“精英主导”特性。除了公开签订协议的领导人会谈以及最后公布的协议文本，民众只能从新闻报道的只言片语中知悉两会协议商谈的过程。协议的商签过程中，并没有适当的渠道供民众有序表达意愿。尽管已经生效的协议能获得两岸民众的普遍认同和支持，但公民参与程序的缺失，使得民众成为“两岸治理”的旁观者。笔者认为，公民参与程序可以从提高两岸协议的认受度和降低立法审议风险两方面，为两岸商签协议提供更多正当性支撑，具有积极意义。

（一）有序参与可提高两岸协议的接受度

两岸协议是两岸关系和平发展法律框架的重要组成部分，是服务于两岸关系和平发展，最终造福于两岸民众的法律文件。两岸协议被民众接受的程度，直接影响到两岸协议能否顺利的生效，并付诸实施。通过构建公民参与程序，让民众有序参与两岸商签协议的过程，有助于民意的理性表达，从而提高两岸协议的接受度。

随着民主和法制的发展，台湾地区的民众越来越多地参与到公权力的运作过程中，在环境保护、土地更新等议题上，“公民运动”扮演了越来越重要的角色。通过诉愿、诉讼、声请解释等法律程序有序参与和影响行政决策，已经为越来越多的台湾地区民众所熟悉、接受和采用。特别是2003年，“行政程序法”制定和实施以来，“正当法律程序”的原则和具体制度设计被逐渐贯彻于行政机构的各项行政活动之中。以往由行政诉讼为代表的事后监督模式，逐渐为“听证”等事前参与和监督模式所补充；法规命令的制定，也需要遵循预先公告的要求。在这样的法制环境下，台湾地区民众逐渐习惯于参与行政权的行使过程，这也对两岸商签协议的行政过程造成了压力。

就两岸协议而言，2008年以来两岸签署的二十余项协议并未采用正式的公民参与的程序，有关协议获得了民众的普遍接受。这是因为，在两岸恢复商谈之初，民众对于两岸关系发展的期望较低，只要两岸能恢复交往和商谈，协议就可为大多数民众所接受。但是，随着两岸关系发展逐渐走向“深水区”，两岸商谈的议题越来越敏感，两岸协议所涉及的内容和影响的民众权益越来越广泛，不同群体对于两岸协议有越来越多的意见需要表达。这种表达意见的意愿如果没有相应的体制内渠道，则很容易被政治力量所影响，走向无序的街头抗议。类似“太阳花学运”的事件，对于两岸建立互信及两岸关系健康发展都是不利的。因此，通过体制内的渠道，使民意得以有序表达，是两岸商签协议的程序未来优化的重要方向。

（二）有效吸纳民意可降低立法审议风险

“两岸协议监督法制化”是两岸商签协议的程序改革的阶段性议题，无论采取何种方案，两岸协议将被台湾立法机构审议，审议过程存在风险。在两岸商签协议的过程中，特别是在协议进入立法机

^① 关于此议题，台湾地区学界讨论较多，代表作如廖元豪：《正当程序的化外之民？——驱逐出境与收容》，载《月旦法学教室》第29期，第12~13页。

构审议之前,如能通过公民参与程序有效吸纳民意,可以降低立法审议的风险。

两岸协议监督的问题涉及到行政权和立法权的分际,法律规范的模糊和缺失使得两岸协议的接受存在若干法律争议点。在两岸协议的分类上,“两岸人民关系条例”对两岸协议“需修改法律或新订法律”的情形并未作出具体规定,存在解释的空间,为立法机构选择程序提供了契机。在两岸协议的审查程序上,“两岸人民关系条例”规定特定情形下两岸协议需要经过“立法院”审议,但并未规定详细的审议程序,甚至未规定协议审议时可以参考的类似程序^①。大法官早前针对两岸协议作出的“释字 329 号”解释并未解决这些问题,法律上的模糊地带也就为政治上的纷争埋下了伏笔。

台湾地区的政党政治和“行政——立法”关系为立法机构审议两岸协议带来风险。尽管蓝绿两大阵营的政见逐渐向中间靠拢,然而在“统独”等两岸关系发展议题上,两大阵营的政争呈现高度的意识形态化。拒绝出席投票、“拉布”、“占领立法院”等暴力和非暴力的抵制屡屡发生,在野一方通过抵制获得了比执政一方更为强势的地位。在执政党内部,“行政——立法”关系也颇为吊诡:政党的党纪处分得不到司法机构的认可,直接影响了政党的执行力;一个由执政当局签署的协议在执政党占优势地位的立法机构居然无法顺利通过,这除了在野党的抵制,执政党内部的协同也存在问题。因此,如果任由两岸协议进入立法机构审议,尽管审议过程看似透明,审议的结果亦不容乐观。

在两岸商谈协议的过程中引入公民参与程序,可以在行政权的主导下,吸纳民意,为两岸协议提供一定的民意基础。这样一来,协议进入立法机构审议时,反对者在抵制时,必须考虑对于民意和选民基础的影响,审议的风险能从一定程度上得到降低。

二、两岸商签协议中公民参与程序缺失的现状

在两岸商签协议的实践中,已有“听证会”等形式的公民参与。然而,这种听证会是在协议签订以后,由立法机构所组织的。在两岸商签协议的行政过程中,并无制度化的公民参与程序。这是由于“行政程序法”和“两岸人民关系条例”这两部法律的规定所造成的。

(一)“行政程序法”适用范围的自我限缩

在立法过程中,行政机构对“行政程序法”的适用范围本未作出例外规定。在立法机构审议的过程中,“行政程序法”被加入了除外规定。因此,尽管台湾地区“行政程序法”是一个行政领域通则性的法律,但是其规定并非适用于所有具有行政性质的公权力机关的行为。“行政程序法”适用范围的自我限缩主要体现于三个方面^②:

第一,“行政程序法”在规其一般适用性时,作出了限缩。在主体方面,“行政程序法”适用于行政机关的行为,这里的行政机关包括“中央”和“地方”的行政机关,亦包括受托行使公权力的个人或团体^③;在行为属性方面,被“行政程序法”所规范的行为是行使公权力的外部行政行为;在行为类型方面,“行政程序法”列举了行政处分、缔结行政契约、订立法规命令等具体类型的行政行为^④,这从某种意义上暗示了只有列举出的行政行为才有适用“行政程序法”的可能性。

第二,“行政程序法”第 3 条对其适用范围作出了限制,包括法律依据、主体和事项三类。在法律依据方面,“行政程序法”规定了如法律“另有程序规定”时,可不适用“行政程序法”的程序规定;在主体方面,各级民意机关、司法机构、监察机构的行政行为不适用“行政程序法”的规定;在事项方面,有关“外交”、“军事”、“国家安全保障”、出入境、刑事侦查、收容、行政裁决、教

① 周叶中、段磊:《论两岸协议的接受》,载《法学评论》2014 年第 4 期,第 11 页。

② 叶俊荣著:《面对行政程序法》,元照出版公司 2010 年版,第 74~95 页;吴庚著:《行政法之理论与实用(增订十二版)》,三民书局 2013 年版,第 560~564 页。

③ 台湾地区“行政程序法”第 2 条第 3 项。

④ 台湾地区“行政程序法”第 2 条第 1 项。

育机构内部程序、人事惩戒、考试等行为被排除于“行政程序法”的规范之外。值得注意的是，该条文本没有限制涉及两岸的事务，后经“法务部”对“国家安全保障”进行扩张解释，将“大陆事务”纳入其中^①。

第三，在具体的行政程序中，“行政程序法”也规定了一些例外，主要涉及“国家安全”、公共利益、行政效能、行政成本、事项急迫程度以及私人权益的保障。这一类的限缩，行政机关拥有一定的酌情权。

值得注意的是，台湾地区“行政程序法”对于适用范围的限缩，仅限于“程序规定”^②。也就是说，“行政程序法”第4条至第10条所规定的依法行政原则、明确性原则、平等原则、比例原则、诚实信用原则、信赖保护原则等法律原则仍应当一体适用于行政机构；而“行政程序法”对于“听证”、“送达”等具体程序的要求可以不适用于除外范围，但有关行政行为仍应依照法律规定的程序规定进行，这些程序规定应依照“行政程序法”实体规定所要求的原则来制定。

由此可见，适用范围的多重自我限缩使得两岸事务的处理处于“行政程序法”的“化外之地”。然而在主体上，“行政程序法”并未排除与两岸事务有关的“陆委会”、“海基会”等部门，而只是通过事项上的限制，将“大陆事务”排除在外。

（二）“两岸人民关系条例”对“行政程序法”的排除

台湾地区“行政程序法”于2001年1月1日施行后，考虑到对整个行政机构的运作产生影响，在第174-1条规定了2年的“缓冲期”，即“本法施行前，行政机关依中央法规标准法第7条订定之命令，须以法律规定或以法律明列其授权依据者，应于本法施行后二年内，以法律规定或以法律明列其授权依据后修正或订定；逾期失效。”作为台湾地区规范两岸事务的基本规范，“两岸人民关系条例”自1992年施行以来，衍生出了大量的法规命令和行政规则，其中许多做法并不符合“行政程序法”的要求，需要修正。然而，前文提到的“法务部”函释（法令字第0910019582号）对“行政程序法”有关条文进行扩张解释，将“大陆事务”纳入“国家安全保障”的范畴内。2003年10月29日台湾当局对“两岸人民关系条例”进行了大幅修改，增加了第95-3条，规定“依本条例处理台湾地区与大陆地区人民往来有关之事务，不适用行政程序法之规定”，在“行政程序法”和“法务部”函释基础上，将“行政程序法”的规定完全排除在外。

“两岸人民关系条例”第95-3条对“行政程序法”的排除，具有一定的时代背景。一方面，在2003年前后，台湾地方当局由民进党执政，两岸关系自20世纪90年代后期以来走向了低谷，两岸的交往主要停留于人民往来等事务，对于“听证”、“法规命令的公开”等涉及两岸协议商签的行政程序需求不足。由于长期以来，台湾地区对于大陆人民存在歧视，这种歧视体现于相关规定之中，修改起来颇为复杂^③。如果不做修改，也并不会影响台湾地区民众的权益。另一方面，在21世纪之初，台湾地区民众对于公民参与行政的意识尚处于萌芽状态，对于与自身权益关系尚不大的两岸事务，就更不会投以更多关注。因此，台湾地方当局采取了彻底排除行政程序的立法策略，这也导致了两岸商签协议缺乏公民参与程序。

三、建构两岸商签协议的公民参与程序之可能路径

① 台湾地区“法务部”91年5月22日法令字第0910019582号令函释：“行政程序法第三条第三项第一款所称‘国家安全保障事项之行为’，系指具有高度机密性或必须急速因应，而直接以维护国家安全之生存、发展或免于威胁为目的，致不宜适用行政程序法所定程序规定之下列行为：……三、有关大陆事务之行为。”

② 台湾地区“法务部”91年4月1日法令字第0910010998号令函释。

③ 关于此问题评论，可见“释字710号”解释和“释字712号”解释中陈新民大法官的“部分不同意见书”。

行政程序法制体现了“当事人参与”的原则^①，这不仅可以保障在个案中公民的权利不受公权力的非法侵害，也可以使民众有序参与行政机构决策的过程，陈述其立场，为行政机构的决策提供民意基础，确保行政机构能正确决策、民主决策^②。因此，在推动强化立法机构角色的“两岸协议监督法制化”同时，台湾地区涉两岸事务的制度亟需检讨和改进，引入“行政程序法”上已经成熟运作的“听证”、“法规命令公示”等程序，使得公民有序参与两岸商签协议的行政过程得以实现，这可以从立法、司法和行政三条路径实施。

（一）立法进路：修正“两岸人民关系条例”等制度

通过立法程序修正“两岸人民关系条例”是最为直接的解决方案。在“太阳花学运”事件之后，对于“两岸人民关系条例”第95-3条的修改已经被立法机构所关注，民进党的民意代表陈其迈和李俊俋分别率一批民意代表提出了修改或废除“两岸人民关系条例”第95-3条，在两岸协议商签的领域，增加透明度和公民参与^③的主张。然而，“陆委会”为代表的执政当局在立法机构的讨论中，对于“两岸人民关系条例”第95-3条的修改或废除持保守态度。这应当是出于对修改之后，两岸事务易被在野党所掣肘的担忧。考虑到立法机构仍是国民党占优势，而“两岸人民关系条例”的修正一般是多个条文一并修改，因此，通过立法程序修改或废除“两岸人民关系条例”第95-3条，前景不够光明。

通过在“两岸协议监督条例”中加入两岸商签协议过程中的公民参与程序，也是一个解决方案。“太阳花学运”事件参与者提出“制定两岸协议监督条例”的诉求之后，各界以扩大公民参与和强化立法监督为目标，一共提出九种版本“两岸协议监督条例”草案^④。其中，影响较大的行政机构版本和“民间版”中均在不同条文规定了公民参与的途径。例如，“民间版”第9条规定了“行政院大陆委员会或经行政院核可之会同办理机关，于提出前条协议缔结计划前，应邀集可能之利害关系人与相关学者专家，举办公听会，搜集意见与信息”，并通过法定的“资讯公开”来实现社会对于行政机构的监督；行政机构版本则在协商议题形成、协商议题业务沟通、协议签署前等阶段，以出席或办理各项说明会、座谈会、协调会或公听会等方式，与社会大众进行沟通及咨询^⑤。笔者认为，这些不同的规定对于建构公民参与程序都是有意义的尝试。行政机构版本更强调行政机构的主导，沟通的过程不够对等；而“民间版”动用法定的“资讯公开”等方式强化监督，可能不易为执政当局所接受。当然，鉴于“两岸协议监督条例”的通过立法程序指日可待，透过相关条文增加公民有序参与的程序，对于两岸商签协议是有益的。

（二）司法进路：通过大法官解释拓展“正当行政程序”的适用范围

台湾地区“司法院”大法官对于诸多法律争议都有最终的解释。对于本文所涉及的两岸事务领域的行政程序适用问题，也有大法官解释提及相关问题。大法官于2013年以来作出了3个解释均对“正当行政程序”有所涉及。

“释字709号”解释对台湾地区“都市更新条例”关于都市更新事业概要及计划的审核程序规定进行了判断，认为有关条文“未确保利害关系人知悉相关信息及适时陈述意见之机会，与宪法要求之正当行政程序不符”。本号解释的标的虽然是“都市更新条例”，解释主文并未提及“两岸人民关系

① 吴庚著：《行政法之理论与实用（增订十二版）》，三民书局2013年版，第555页。

② 汤德宗著：《行政程序法论（增订二版）》，元照出版公司2003年版，第52页、第65页。

③ 台湾地区“立法院”第八届第五会期内政委员会第九次全体委员会议事录。

④ 台湾《自由时报》：《监督条例目前朝野有九个版本》，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/768390>，下载日期：2014年8月15日。

⑤ 台湾地区“台湾地区与大陆地区订定协议处理及监督条例草案”第7条。

条例”第95-3条,但在陈新民大法官的“部分不同意见书”中,探讨本解释的见解是否会冲击到其他类似的案件(法律)之上,提出未全面规定听证程序的征收法制,又在注解中引用土地征收法律条文时,引用了“两岸人民关系条例”第95-3条的问题^①。

“释字710号”解释和“释字712号”解释针对“两岸人民关系条例”有关强制大陆人民出境的程序问题和收养问题作出了解释,宣告了有关条文“违宪”。在这两个解释中,同是陈新民大法官的“部分不同意见书”提到了“两岸人民关系条例”第95-3条,认为现行的法律规范对于两岸事务的概括认识是不正确的,“两岸人民间所衍生之法律关系具有平常之民事、刑事与行政法性质,而偏要将其之推入类似军事威胁之攸关国家安全与利益的事项”^②。

通过大法官解释的途径对有关法律条文进行挑战,往往具有人权保障的背景,不容易引起反弹。然而,在涉及“两岸人民关系条例”第95-3条的问题上,通过大法官解释来拓展“正当行政程序”的适用范围,较为困难。在案由方面,挑战“两岸人民关系条例”规范具体事项的条文较之规范通案的条文更为容易,因此,解释案申请人往往选择主攻涉及人身自由等基本权的议题,逐渐“掏空”“两岸人民关系条例”第95-3条,而这种策略,并不容易触及到行政程序中涉及公民参与的事项。

(三)行政进路:在重大议题上参照适用“行政程序法”的有关规范

在立法尚需时日、司法存在瓶颈的情形下,依靠行政机构自主参照适用“行政程序法”的有关规范为公民有序参与提供渠道也是一个可以考虑的途径。

考察行政机构关于两岸事务的法规命令,我们不难发现,很多情形下,行政机构并未排斥适用“行政程序法”。例如,“行政程序法”第51条规定“行政机关对于人民依法规之申请,除法规另有规定外,应按各事项类别,订定处理期间公告之。未依前项规定订定处理期间者,其处理期间为二个月。”在“陆委会”处理“陆配”入台的行政程序中,便是参照了“行政程序法”的时限规定。由此可见,尽管“两岸人民关系条例”第95-3条排除了在两岸事务领域对适用“行政程序法”的要求,但行政机构仍会参照适用“行政程序法”的内容。

“行政程序法”对于“听证”、信息公开等问题的规定,相较于“两岸人民关系条例”的有关规范,是一种对于行政权行使的高标准规范。在全面实施具有困难的情况下,行政机构仍可以根据所处理两岸事务的敏感性、重要性,自行决定实施“听证”、信息公开等行政程序,为民众表达意愿、有序参与提供程序。

“两岸治理”中的公民参与问题远不止商签协议一个,正当行政程序的引入也只是解决两岸协议正当性问题的一个切入点。行政程序法制不仅是公民权利不受公权力侵害的程序保障,也是行政权行使过程民主化的重要途径。两岸关系的推进主要有赖于行政权的行使,两岸关系和平发展的希望在于两岸人民。拥有更多民意基础的两岸事务行政程序有助于提升“两岸治理”的正当性基础,相信行政程序法制在两岸事务领域会有更多用武之地。

(责任编辑:刘冰)

① 陈新民大法官的注脚原文:“另外依据台湾地区与大陆地区人民关系条例第九十五条之三的规定,处理两岸人民往来有关事务,不适用行政程序法之规定。从而尽管涉及到人身自由的剥夺等严重侵犯,也无庸适用正当法律程序之原则乎?本号解释已将正当法律程序与正当行政程序提升到宪法位阶的层次,是否也应当检讨应否规范上述的‘禁区’乎?”

② 参见“释字712号”解释中陈新民大法官的“部分不同意见书”。